**به نام خدا**

**عنوان:اصول 36 و 167 قانون اساسی- اجرای احکام الهی یا حفظ نظم اجتماعی**

**نویسنده:امیر عباس عسکری(دانشجوی کارشناسی حقوق دانشگاه تهران)**

**ناشر:پایگاه نشر مقالات حقوقی،حق گستر**

**Www.HaghGostar.Ir**



**مقدمه**

یکی از اصول مسلم حقوق کیفری این است که تا زمانی که قوانین حاکم بر یک جامعه عملی را جرم تشخیص نداده و عامل آن را قابل مجازات نداند اشخاص در انجام آن عمل آزاد می باشند و تنها به حکم قانون میتوان افراد را مجرم شناخت و مجازات کرد.در واقع هیچ مجازاتی را نمی توان به افراد تحمیل کرد مگر اینکه نوع و میزان آن قبلا در قانون تعیین شده باشد.اصل 36 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که به اصل قانونی بودن جرم و مجازات مشهور است نیز متضمن همین معناست که بیان میکند:«**حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق** **دادگاه صالح و به موجب قانون باشد**.»

این اصل همچنین در شریعت اسلام بارها مورد توجه قرار گرفته است که مواردی از آن عبارتند از:

1.{وماکنا معذبین حتی نبعث رسولا} سوره اسرا.آیه ی15:یعنی ما هیچ کس را کیفر نمی کنیم تا اینکه پیامبری بفرستیم .

2.قاعده قبح عقاب بلا بیان:اعمال کیفر نسبت به اشخاص بدون بیان قبلی رفتار مجرمانه قبیح است.

3.اصل اباحه:اصل در هر چیز اباحه میباشد و قبل از آنکه قانونی حکم آنها را از وجوب و حرمت مشخص کند مباح است.

علاوه بر این مراجع مقنن جمهوری اسلامی ایران نیز از قواعد شریعت پیروی کرده و این اصل را اساس سیاست قضایی خود قرار داده اند که از جمله ی آنها میتوان به اصول 169,166,37,36,32,22 قانون اساسی اشاره کرد.

در فواید عملی فردی و اجتماعی این اصل اساسی شکی نیست چرا که باعث میشود افراد با آگاهی از اعمال مجرمانه و غیرمجرمانه فعالیت های خود را سامان دهند و حدود زندگی خود را بشناسند و همچنین در امور اجتماعی باعث میشود که افراد از احتیاط و محافظه کاری دوری کرده و با آگاهی از آزادی های خود به ارتباط با افراد دیگر و انجام فعالیت های اجتماعی و اقتصادی بپردازند.

با همه ی این تفاسیر نکته ای که مورد بحث حقوقدانان جزایی کشور واقع شده است وجود اصل 167 قانون اساسی می باشد که مقرر میدارد:«**قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمیتواند به بهانه ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تناقض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.**»در واقع این اصل در مقام تعارض با اصل 36 قانون اساسی واقع شده است و به قاضی اجازه میدهد که حکم محاکم را در صورت نبود قانون مدون نیز با توجه به منابع دیگر صادر کند.

**پیش درآمد**

اصل36 قانون اساسی مقرر میکند که:«**حکم به مجازات و اجرای آن باید تنها از طریق** **دادگاه صالح و به موجب قانون باشد**.»

مجازات در واقع کیفری است که در مقابل جرم مجرم بر او تحمیل میشود و بنا به اصل 37 قانون اساسی که بیان میکند:**«اصل برائت است و هیچ کس از نظر قانون مجرم شناخته نمیشود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح اثبات شود»** هیچ کس مجرم و مستحق مجازات نیست مگر اینکه  خلاف آن در دادگاه ثابت شود و این اثبات نیز تنها به موجب قانون و در دادگاه صالح قانونی می باشد.پس می توان اینگونه نتیجه گرفت که در صورت عدم جرم انگاری و نبودن مجازات در قوانین کشور نمی توان کسی را مجازات کرد و حکمی را علیه او صادر کرد و فرض بر این است که قانونگذار جرم انگاری لازم را انجام داده  وهمه ی قوانین جزایی مورد نیاز برای برقراری نظم جامعه و اجرای احکام الهی را تدوین کرده است.هر چند که این فرض دشوار ممکن باشد اما باید به این نکته توجه کرد که با وجود اینکه قانونگذار در موقع تنظیم قانون سعی می نماید با به کار بردن کلمات و جملات صریح و روشن مقصود خود را بیان نماید تا مفاد قانون بر کلیه مصادیق و موارد و نظایری که مورد توجه او بوده صادق باشد اما بازهم گاهی قانون از وضوح و صراحت لازم برخوردار نبوده و ناقص و مبهم و مجمل تنظیم می شود و در این صورت و در صورتی که قانونگذار ساکت باشد مجریان قانون و حقوقدانان ناگزیر از تفسیر قانون میباشند.لذا قانون اساسی در اصل 167 که بیان میکند:«**قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تناقض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.**»مقرر کرده است که در صورت سکوت قوانین مدونه مسئله را تمام شده نمیداند بلکه قاضی را موظف می کند با توجه به منابع معتبر اسلامی و فتاوی معتبر که خود مقدم بر قانون بوده اند و منبع اصلی قانونگذاری در جمهوری اسلامی و به طور اخص قانونگذاری در نظام جزایی کشور می باشند حکم قضیه را درهر صورت صادر کند.این بدین معناست که گاهی اتفاق می افتد که جرمی در قوانین مدونه مشخص شده و مجازات هم برای آن در نظر گرفته شده است ولی مواد قانونی مربوط به آن دارای ابهام یا تناقض میباشد ویا اصلا قانونگذار در مورد مسئله ای تصمیمی اتخاذ نکرده که در این موارد نمی توان از کنار اعمال مجرمانه گذشت.قاضی نه اختیار دارد بلکه موظف است که با توجه به اهداف نظام جزایی به تفسیر قانون پرداخته و حکم مناسب را صادر کند.حال نکته ای که باید به آن توجه کرد این است که درست است در رشته های مختلف حقوقی اعم از کیفری,مدنی و تجاری ممکن است قانون نیاز به تفسیر داشته باشد ولی آنچه مسلم است این است که بین تفسیر قوانین جزایی و تفسیر سایر قوانین تفاوت های مهمی وجود دارد و شاید از همین جاست که دیدگاه های مختلف در مورد تعارض اصول 36 و167 قانون اساسی ایجاد می شود.

**دیدگاه های حقوقدانان**

1.عده ای بر این باورند که اصل 167 بر اصل 36 قانون اساسی حاکم می باشد.این گروه قائل به تفسیر موسع قوانین جزایی می باشند که در صورت نبودن قوانین مدون به قاضی اجازه ی رجوع به منابع و فتاوی معتبر اسلامی را می دهند.این تفسیر نقطه ی مقابل تفسیر مضیق قوانین جزایی است که در آن قاضی نباید از محدوده ی اصل قانونی بودن حقوق جزا فراتر رفته و حقوق و آزادی های فردی را به مخاطره اندازد و در صورتی که از منطوق قانون و مواردی که صریح ومنجز بیان شده نتواند دستوری را استنباط نماید باید آن را به نفع متهم تعبیر و تفسیر نماید.

طرفداران دیدگاه نخست برای اثبات نظر خود به تفسیر لفظی قانون اساسی متوسل شده اند و با استفاده از ابزار تاریخ و مراجعه به مشروح مذاکرات مجلس خبرگان قانون اساسی در سال 1358 به دغدغه های قانونگذار قانون اساسی در مورد رعایت مسائل شرعی می پردازند.به عنوان مثال می توان اشاره کرد به مذاکرات پیرامون اصل 41 پیش نویس(اصل 169 فعلی)که بیان کرده بود:**«هیچ فعل یا ترک فعلی از نظر قانون جرم محسوب نمی شود مگر به استناد قانونی که پیش از وقوع آن وضع شده باشد».** جایی که یکی از حضار می گویند:"تا آن قانون وضع نشده باشد ما که نمی توانیم بگوییم قوانین شرع حاکم نیست".و یا دیگری که می گوید:"...از نظر قانون جرم محسوب نمی شود کافی نبوده...اصل مسئله این است که ممکن است قانون یک مواردی را,مسائلی را پیش بینی نکرده باشد و اصلا در آنجا نباشد ولی در محاکم شرع یک نفر را محاکمه کنند و محکوم بشود اگر یک چنین جمله ای را که روشنگر این معنی باشد به آن اضافه کنند دیگر مساله ای نمی ماند..."و موارد دیگری که در این زمینه بیان شده است.درست است که اصل 36 قانون اساسی بدون هیچ بحثی تصویب شده ولی جرم شناخته شدن فعل و ترک فعل از نظر قانون در این اصل مورد ایراد واقع شده  و کافی دانسته نشده است و به همین خاطر در مرتبه ی اول رای نیاورده و برای بررسی به کمیسیون فرستاده شد.و به نظر می رسد که خبرگان قانون اساسی این مشکل را با تصویب اصل 167 رفع کرده اند.اما جالبتر آنکه قانونگذار در ماده ی 214 قانون آیین دادرسی کیفری که مربوط به دادگاه های کیفری است صراحتا بیان میدارد:**«...دادگاه مکلف است حکم هر قضیه را در قوانین مدونه بیابد و اگر قانونی در خصوص مورد نباشد با استناد به منابع فقهی معتبر یا فتاوی معتبر حکم قضیه را صادر نماید و دادگاه ها نمی توانند به بهانه ی سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدون از رسیدگی به شکایات و دعاوی و صدور حکم امتناع ورزند.»** آنگونه که از ظاهر ماده به نظر می رسد قانونگذار اصل 167 قانون اساسی را عینا در این ماده تکرار کرده و اجازه ی رجوع به منابع و فتاوی معتبر را به قاضی داده است.علاوه بر این می توان به اتفاقی که در مورد لایحه قانون مجازات اسلامی جدید افتاد اشاره کرد. جایی که ماده ی 2 آن بیان کرده بود:**«جرم فعل یا ترک فعلی است که در قانون برای آن مجازات تعیین شده است و هیچ فعل یا ترک فعلی را نمی توان جرم دانست مگر آنکه در قانون برای آن مجازات در نظر گرفته شده باشد».**واین ماده با این استدلال که چون ممکن است فعل و ترک فعلی که از نظر شرعی مجازات دارد ولی در قانون نیامده باشد را شامل نشود مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت و برای اصلاح به مجلس فرستاده شد.  همچنین می توان به این مسئله اشاره کرد که یکی از آثار اصل قانونی بودن جرم و مجازات ها عطف به ماسبق نشدن قوانین جزایی وضع شده مگر قوانین مساعدتر به حال متهم می باشد حال آنکه قوانین و احکام شرعی که وضع آن مربوط به قرن ها پیش می باشد مشمول این اصل نیست و در واقع سالبه به انتفای موضوع می باشد و عطف شدن این قوانین به قبل از تصویب مجلس مقنن امری بدیهی می نماید و بر کسی پوشیده نیست.در همین راستا دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه خود در سال1365,ماده ی6 قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب 1361 را منصرف از احکام شرعی دانسته و مقرر داشته:"ماده ی6 قانون مجازات اسلامی مصوب مهرماه1361 که مجازات و اقدامات تامینی و تربیتی را بر طبق قانونی قرارداده که قبل از وقوع جرم وضع شده باشد منصرف از قوانین و احکام الهی از جمله راجع به قصاص می باشد که از صدر اسلام تشریع شده اند."شورای نگهبان نیز در اظهارنظری در پاسخ به دیوان عالی کشور بر وضوح بطلان بی اعتباری احکام شرعی قبل از تصویب قانون تاکید کرده است:"با توجه به وضوحی که بطلان سقوط حد و قصاص در فرض مذکور دارد ماده ی 6 را ظاهر در موارد مجازات ها و اقدامات تامینی وتربیتی که به موجب قانون معین می شود دانسته و از این جهت عدم مغایرت آن را با موازین شرعی تایید نموده است...  "متعاقب این رای و اظهارنظر قانونگذار عبارت ماده ی 6 را به صورت ماده 11 قانون فعلی تغییر داد و کلمه ی مطلق مجازات را به عبارت «در مقررات ونظامات دولتی» مقید نمود.این عبارت همه ی مجازات هایی را در بر می گیرد که با استفاده از اختیارات شارع به قانونگذار وضع می شوند و مستقیما مورد امر و نهی شارع نبوده اند.پس وقتی که قوانین شرعی بعد از تصویب عطف به ماسبق می شوند بدین معناست که قوانین شرع بدون نیاز به تصویب لازم الاجرا هستند و مجلس نقش تأسیسی ندارد و فقط به تبیین مقررات شرعی لازم الاجرا اقدام می کند و نصوص شرعی را به نصوص قانونی تبدیل می کند.اما شاید در این زمان بحث قبح عقاب بلا بیان و جهل نسبت به قانون مطرح شود,امری که مورد توجه اسلام نیز می باشد و در حقوق جزا به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت شناخته می شود.از مبادی احکام اولیه در شریعت اسلامی در امور جزایی به دست می آید که جانی تنها وقتی مؤاخذه می شود که علم تام به تحریم یا وجوب داشته باشد.لذا هرگاه جهل به وجوب یا تحریم داشته باشد مسئولیت او منتفی است.امری که از قاعده ی درأ(تدرأ الحدود بالشبهات) به دست می آید و شامل شبهه ی حکمی و هم شبهه ی موضوعی می شود.اما نکته ی دیگری که باید به آن توجه کرد این است که برای علم به تحریم و وجوب امکان علم کفایت می کند.لذا هرگاه انسان عاقل و بالغ باشد و امکان علم و آگاهی به وجوب و تحریم برای او میسر شود,چه به طور مستقیم خود او از نصوص بتواند آگاهی یابد و چه از طریق عالمان به آن آگاهی یابد مسئولیت او کامل است و در صورت عدم آگاهی در این شرایط فرد جاهل به تقصیر شناخته می شود وجهل تقصیری رافع مسئولیت نیست.از این رو برخی فقها گفته اند:"لا یقبل فی دارالسلام العذر بجهل الاحکام"یعنی در سرزمین اسلامی عذر به جهل احکام پذیرفته نیست.

اما به این نکته نیز باید توجه شود که در مورد عطف به ماسبق شدن قوانین شرعی باید بین احکام قطعی همچون قصاص و احکامی که مورد اختلاف فقها و مجتهدین است تفاوت قائل شد و مثلا باید مشخص کرد که اگر حکمی بر مبنای فتوای فقیهی بوده است ولی قانون جدید التأسیسی در این مورد فتوای متفاوت فقیه دیگری را بپذیرد کما اینکه این اتفاق در قانون مجازات جدید افتاده است آیا باز هم این حکم عطف به ماسبق میشود یا خیر؟در واقع این بحثی فقهی می باشد و بررسی جداگانه ای را می طلبد.

2.گروهی که معتقد به حاکمیت اصل قانونی بودن جرم و مجازات هستند براین باورند که اصل 36 قانون اساسی از دایره ی شمول اصل 167 آن خارج است و نمی توان مواردی را که مقنن جرم انگاری نکرده جرم دانست و مجازات برای آن در نظر گرفت.آنها در این زمینه به اصول مختلفی از قانون اساسی نیز اشاره می کنند که مهمترین آنها اصل 37 است یعنی اصلی که بیانگر قاعده ی برائت می باشد و مقرر میدارد:**«اصل برائت است و هیچکس از نظر قانون مجرم شناخته نمی شود,مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد».**طبق این اصل مجرم نبودن فرد اصل است و کسی که مدعی خلاف آن است باید آن را ثابت کند آن هم در دادگاه صالح قانونی که در اصل 36 به آن تصریح شده و با حکمی که مطابق با اصل 166 قانون اساسی باشد که بیان می دارد:**«احکام دادگاه ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که بر اساس آن حکم صادر شده است».**دکتر ناصر کاتوزیان در این زمینه بیان میدارد:"در دعوای کیفری همین که دادرس نتواند برای عمل ارتکابی مجازاتی در قوانین بیابد باید حکم به برائت متهم دهد,هرچند که آن کار از نظر اخلاقی زشت و شایسته ی کیفر باشد.این کار استنکاف از حقگذاری نیست بلکه لازمه ی اجرای اصل برائت و نتیجه ی احترازناپذیر اصل قانونی بودن مجازات هاست." این دیدگاه قائل به تفسیر مضیق و همچنین تفسیر منطقی یا توضیحی قوانین جزایی می باشند.در تفسیر منطقی قاضی باید برای نیل به مقصود و نیت واقعی مقنن از طریق مراجعه به گزارشات توجیهی و امور مقدماتی و صورتجلسات تنظیمی در موقع تدوین لوایح توسط دولت و مباحثات مجلس و کمیسیون های مربوطه عمل کند ودر صورتی که از بررسی و تحقیق لازم معنی واقعی قانون به دست نیامد بایستی قانون به نفع متهم تفسیر شود.                                                                                                                               قائلین به این دیدگاه در حل تعارض اصل 36 و 167 قانون اساسی بیان می کنند که اصل 167 ناظر به امور مدنی است نه کیفری,زیرا امکان استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر با اصل قانونی بودن مجازات ها که در اصل 36 اعلام شده است تعارض دارد.پس جمع دو اصل بدینگونه است که حکم عام اصل 167 در اثر حکم خاص اصل 36 در امور کیفری مخصوص به مواردی می شود که دادگاه حکم به مجازات نمی دهد.حتی در مورد ماده 214  قانون آیین دادرسی بیان می دارند که فرض این است که قانونگذار عادی از اصول قانون اساسی تجاوز نمی کند و اصل قانونی بودن مجازات ها را محترم می دارد,پس ماده ی 214 قانون ق.آ.د.ک باید چنین معنی شود که جز در مورد حکم به مجازات که دادرس محدود به متون قوانین است دادگاه باید از منابع معتبر اسلامی و فتاوای مشهور برای تکمیل قانون استفاده کند.در واقع دادرس باید در مقام اجرا,اصل 36 قانون اساسی را که یکی از اصول اساسی نظام جزایی است و در اصول دیگر قانون اساسی نیز مورد تاکید واقع شده بر حکم ماده ی 214 ق.آ.د.ک مقدم دارد.اما می توان بر این استدلال اینگونه انتقاد وارد کرد که زمانی قانون عادی که در واقع در مقام اجرایی کردن اصول قانون اساسی تصویب می شود این اختیار را به قاضی داده و این مسئله مورد تایید شورای نگهبان که طبق اصل 96 قانون اساسی مفسران قانون اساسی هستند قرار گرفته دیگر نمی توان گفت که دادرس باید قانون اساسی را بر قانون عادی مقدم دارد,چه اینکه اگر تفسیر مفسران ق.ا(شورای نگهبان) این بود دیگر اجازه ی تصویب چنین قانونی را نمی دادند و با تاکید بر اصل 36 از تصویب ماده 214 ق.آ.د.ک جلوگیری می کردند.حال اینکه این اتفاق نیفتاده و طبق این ماده و با تایید شورای نگهبان قاضی عملا چنین اجازه ای را دارد.

**نتیجه**

شاید بتوان اینگونه بیان کرد که تفاوت این دو دیدگاه در تفاوت خواسته هایی است که هر دو از اهداف اساسی حقوق ایران به طور عام و حقوق جزایی به طور خاص می باشند.یعنی در حالی که گروه اول به دنبال اجرای احکام الهی و در پی آن عدالت اجتماعی هستند و هدف حقوق را اجرای احکام اسلامی مطابق میل شارع مقدس در جامعه می دانند و معتقدند در جامعه ی اسلامی ای که با خواست مردم شکل گرفته قوانین اسلام بی هیچ مسامحه ای باید اجرا شود گروه دوم بیش از همه چیز به دنبال تحقق نظم اجتماعی می باشند که در سایه ی آن می توان به عدالت هم رسید.لذا مهمترین ایراد آنها به دیدگاه اول این است که در صورت تحقق اصل 167 قانون اساسی در حقوق جزا دیگر چه جایی برای ثبات و نظم اجتماعی خواهد ماند و تکلیف اهداف حقوق جزا چه خواهد شد؟اما نکته ای که در جواب این سوال باید گفت این است که حفظ نظم لزوما همراه با اجرای عدالت نیست و ممکن است حاکمی جبار با قدرت سر نیزه نظم را در جامعه حاکم کند در حالی که هیچگونه عدالتی درجامعه تحقق نیابد.در واقع درست است که حفظ نظم شرط لازم برای تحقق عدالت است ولی کافی نیست و محتوای نظم نیز مهم است. با این همه تفاسیر به نظر میرسد که حاکمیت اصل 167 قانون اساسی بر اصل 36 عملا در رویه قضایی کشور آنگونه که توسط حقوقدانان دیدگاه نخست مطرح می باشد مورد قبول واقع نشده است و باید منتظر ماند و دید که قانون جدید در رویه ی قضایی چگونه عمل خواهد کرد,زیرا که در قانون جدید و به عنوان مثال در قسمت حدود هر چند که شامل تعزیرات هم می تواند باشد,قضات در شرایط اصل 167 قانون اساسی بدون استفسار از رهبری و مستقلا نمی توانند عمل کنند و این سیاست به نوبه ی خود می تواند تا حدود زیادی تضمین کننده ی نظم در نظام جزایی کشور نیز باشد هرچند که خود نیز خالی از اشکال نیست.

**منابع:**

گلدوزیان،ایرج،بایسته های حقوق جزای عمومی،تهران،نشرمیزان،۱۳۸۴

کاتوزیان،ناصر،مقدمه ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران،تهران،انتشار،۱۳۹۰

الهام،غلامحسین،جزوه ی حقوق جزای عمومی،دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران۱۳۹۰

مهرپور،حسین،مجموعه نظرات شورای نگهبان،جلد دوم

**می توانید در پایگاه نشر مقالات حقوقی،حق گستر مقالات و نظرات حقوقی خودرا به رایگان نشر دهید.**